

Le numérique et l'être humain

- Le médecin est-il remplaçable¹ ? Posée en ces termes, d'emblée, la question ne manquera pas d'étonner.

Néanmoins, si dans le cadre de ce colloque le domaine médical est évoqué c'est pour la bonne et simple raison que les robots sont plus que jamais présents : d'auxiliaires de soins ils sont devenus, en une décennie, des acteurs à part entière de santé, au même titre que le médecin... si l'on ose dire.

- Une autre raison conduit à l'examen de cette question sous le prisme de la santé : le dommage corporel que le robot peut provoquer.

Des lors, on ne se demande plus si le robot peut **matériellement** remplacer le médecin mais s'il peut être, tout comme le médecin, **juridiquement** responsable du dommage causé.

- Sans remonter le fil de l'histoire à des temps trop éloignés, précisons qu'il y a encore quelques années, on se félicitait de l'apparition de la télé médecine. Cette pratique médicale à distance mobilisant les TIC faisait figure de précurseur dans le domaine de la santé. En offrant une réponse aux défis auxquels est confrontée l'offre de soins (comme la lutte contre les déserts médicaux), la télé médecine permettait notamment une télé-consultation, une télé-expertise, télé-surveillance.

Bien qu'efficace, cette pratique reste maintenue mais coexiste désormais avec les objets connectés et autres robots qui permettent au patient d'être, plus que jamais, acteur de sa santé. Ont alors vu le jour les pèses personne électronique, les podomètres électroniques, les piluliers intelligents (pillo).

- Revenons quelques instants sur ces objets connectés pour donner quelques précisions et se convaincre de leur importance.

¹ La commission des affaires juridiques du Parlement européen dans un rapport du 31 mai 2016 a établi une « proposition de résolution du Parlement européen contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique ». Son considérant n°17 souligne « l'importance de fournir aux médecins et aux aides-soignants une formation et une préparation appropriées afin de s'assurer du plus haut niveau de compétence professionnelle possible et de protéger la santé des patients; souligne la nécessité de définir des exigences professionnelles minimum qu'un chirurgien devrait remplir pour qu'il lui soit permis d'utiliser des robots chirurgicaux; insiste sur l'importance toute particulière que revêt la formation, pour que les utilisateurs puissent se familiariser avec les exigences techniques du domaine; attire l'attention sur la tendance émergente qui consiste, pour les patients, à effectuer eux-mêmes un diagnostic à l'aide d'un robot, robot qui risque, à terme, de remplacer le médecin ».

Dans son Livre blanc, le Conseil National de l'Ordre des médecins évoque ainsi le chiffre de 15 milliards et ajoute qu'ils pourraient être 100 milliards en 2020. A ce moment-là, chacun de nous devrait disposer en moyenne d'une quinzaine d'objets connectés, le corps lui-même pouvant devenir connecté grâce à des implants.

Observons aussi que, d'ores et déjà, le Conseil National de l'Ordre des médecins a expressément encouragé les professionnels de la santé à « accompagner le déploiement du monde numérique appliqué à la santé et à en adopter les aspects utiles et bénéfiques dans leurs pratiques médicales ».

- Loin d'être des technologies du futur, ces objets connectés et ces robots forment le quotidien de chacun d'entre nous et appellent nécessairement des réponses du droit.

- Quel est - et quel doit être - le rôle du droit ?

Prévenir les risques ?

Promouvoir les robots ?

La réponse, me semble-t-il, est simple : Le droit doit, tout à la fois, promouvoir le développement des robots et, aussi, veiller à les encadrer.

- La question de la responsabilité des robots que je me propose de traiter commande l'examen préalable de deux choses :

- la nature juridique du robot
- la responsabilité encourue en cas de dommage causé par un robot

1. S'agissant, d'une part, de la nature : Le juriste classe et organise : d'une nature juridique donnée, il fait dépendre une régime applicable (comme le médecin établit un diagnostic pour déterminer, ensuite, le traitement).

A cet égard, une des grandes *summa diviso* du droit est la distinction entre les sujets et les objets. Pour les néophytes, précisons que :

- Le sujet de droit a une personnalité juridique, un patrimoine, des droits et des obligations.
- L'objet lui, inerte ou en mouvement, n'a pas de personnalité juridique.

Ainsi, si l'on se risque à un essai de classification du robot

- soit il est objet : dans ce cas : seul l'homme qui en a la maîtrise est responsable
- soit il est sujet : le robot, maître de lui même, est responsable.

D'emblée, la réponse paraît simple, pour ne pas dire évidente : le robot est un objet.

Or, les progrès réalisés ces dernières décennies sont tels que les robots sont dotés d'une intelligence qui les rapprochent désormais de l'homme. Au paroxysme, cette intelligence dépasse parfois même celle de l'homme (en témoigne Kasparov battu aux échecs par Deep blue, un super-ordinateur).

=> Quelle place pour ces robots intelligents, capables de discernement ? L'humanisation des robots conduit à la question de savoir s'ils peuvent être des sujets de droit.

Juridiquement l'idée semble saugrenue. En effet, le droit distingue clairement le sujet de l'objet et, à y regarder de plus près il ne semble pas qu'il puisse y avoir une catégorie intermédiaire tant la frontière est hermétique.

Dès lors, est ce à dire qu'en cas de dommage causé par un robot il ne pourrait être responsable ? Au delà de la question de l'imputation du dommage, c'est bien l'indemnisation de la victime dont il sera question.

2. D'autre part, Pour parvenir à cette réparation, le droit utilise de nombreux moyens au premier rang desquels on trouve la responsabilité civile.

Le droit de la responsabilité civile est entièrement tourné vers un objectif de réparation du dommage causé. Selon l'article 1240 du Code civil, toute faute, quelle que soit sa gravité (lourde, légère, intentionnelle ou non), oblige son auteur à la réparation intégrale du dommage.

- Si traditionnellement la responsabilité était fondée sur la faute, la *culpa*, la révolution industrielle a opéré un changement de fondement, en consacrant, à côté de la responsabilité pour faute, un régime de responsabilité de plein droit.

- En effet, avec la révolution industrielle, le développement du machinisme et la multiplication des dommages accidentels ont conduit à faire prévaloir le risque.

Ce fondement a trouvé un écho notamment à travers la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux sur laquelle on donnera quelques précisions.

- Par ailleurs, face à ces risques, on peut constater que les victimes n'acceptent plus le coup du sort. Il faut trouver un responsable, une personne qui indemniser le dommage.

C'est ainsi qu'à mesure des années, la réparation du dommage a reçu encore un autre fondement : La garantie.

Dans cette mouvance, se sont donc multipliés des mécanismes de socialisation des risques comme l'assurance. A leur côté, on a aussi créé des fonds d'indemnisation, des modes alternatifs d'indemnisation² en l'absence de fautif identifiable.

Ces digressions peuvent sembler superflues mais elles sont nécessaires pour anticiper ce que pourrait être, à l'avenir, le droit de la responsabilité des robots.

- Pour l'heure, de ce qui vient d'être exposé on voit poindre l'élément crucial de la réflexion : l'homme a-t-il la parfaite maîtrise du robot ? Les solutions juridiques s'imposent sans mal lorsque la réponse est positive. Dans le cas contraire, lorsque le robot échappe à la maîtrise de l'homme, les incertitudes juridiques demeurent...mais pourraient, à l'avenir, sans doute être levées.

Le propos sera déroulé en deux temps. Le cas du médecin viendra l'illustrer.

Pour comprendre le droit positif, il conviendra de constater la maîtrise du médecin sur le robot, simple objet.

Ceci fait, nous nous interrogerons, de manière prospective, sur l'avenir de la responsabilité des robots et la possible maîtrise du robot intelligent sur le médecin.

1. La maîtrise du médecin sur le robot

- D'une part, La maîtrise du médecin sur le robot emprunte deux voies.

D'abord, la protection du robot lorsqu'un dommage lui est causé. On fait allusion par exemple à la mise en oeuvre d'une obligation de délivrance conforme dans le contrat de vente. Mais la ne sera pas le propos.

En effet, il semble opportun, dans le cadre de cette présentation, d'insister sur le dommage causé par le robot : seconde voie de la maîtrise du médecin sur le robot.

² ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et Infections Nosocomiales) ou FIVA (Fonds d'indemnisation des Victimes de l'Amiante).

- A l'évidence, le médecin qui a recours dans l'exercice de sa mission à un robot, se sert d'un objet.

On l'a dit, et ce n'est pas tronquer l'analyse que de la simplifier en affirmant qu'en droit, un robot est une simple chose.

- Or, les choses ne sont pas responsables en elles même. Mais elles le sont, en cas de dommage causé, par le truchement de celui qui les détient ou en fait un usage.

On peut penser, à cet égard, au régime de responsabilité du fait des animaux qui rend de plein droit responsable son propriétaire ou celui qui s'en sert.

- Dès lors, lorsqu'un dommage est causé par un objet, se pose la question du fondement de cette responsabilité. Le droit, toujours dans une analyse alternative, offre deux possibilités.

Une responsabilité pour faute : dans l'hypothèse d'une mauvaise utilisation de la chose.

Une responsabilité sans faute : si la chose présente un vice interne ou un défaut de sécurité.

A cet instant, quelques brèves explications s'imposent :

- D'une part, s'agissant de la responsabilité pour faute :

La responsabilité pour faute sanctionne un comportement fautif, répréhensible, du sujet.

Il faut alors pouvoir imputer une faute à l'auteur du dommage. La victime étant ainsi tenue de prouver une erreur de conduite pour obtenir réparation.

Ainsi, lorsque le médecin fait une mauvaise utilisation du robot, il devra en répondre.

Toutefois, la question reste entière s'agissant du robot ! Peut-il être responsable de son propre fait dommageable ? En somme, a-t-il le discernement suffisant pour qu'une faute lui soit imputée ?

On le sait, le droit admet qu'un enfant mineur ou qu'un aliéné puisse être tenu pour responsable d'un dommage et ce même s'il n'a pas conscience des conséquences de son acte.

Peut-on admettre, par analogie, qu'un robot, par hypothèse privé de discernement soit, à l'instar de l'enfant ou de l'aliéné, responsable ?

Il me semble que la fiction juridique, établie du reste, dans le seul but d'indemniser la victime, trouve ici ses limites ! La réponse est donc négative.

D'autant que, sous l'influence de la jurisprudence et du législateur, de plus en plus de responsabilités objectives, détachées de la faute, ont été consacrées, par faveur pour la victime.

Comprenez-bien : Cette responsabilité objective, est plus avantageuse pour la victime car elle ne nécessite pas la preuve d'une faute. On dit qu'elle joue de plein droit.

Je vous propose donc d'envisager un autre fondement possible de responsabilité en cas de dommage causé par un robot : la responsabilité sans faute.

- ***Responsabilité sans faute :***

Le Code civil prévoit deux régimes de responsabilité qu'il sera possible de recenser pour qui s'interrogerait sur la responsabilité des robots.

- D'abord, l'application du régime traditionnel de la responsabilité du fait des choses : L'article 1243 alinéa 4 nouveau du Code civil, précise que, par principe, le propriétaire est présumé être le gardien de la chose. La JP ajoute aussi que le gardien est celui qui a l'usage, contrôle, direction de la chose.

Dès lors, en cas de dommage causé par un robot, le médecin peut être responsable sur le fondement de la garde.

- A côté de ce fondement, on évoquera encore le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Les articles 1245 et s du Code civil prévoient un régime de responsabilité pesant sur le producteur ou le fournisseur d'un produit dès lors qu'il présente un défaut.

L'avantage est grand pour la victime qui, tout en invoquant ce fondement, n'est pour autant pas privée du droit d'agir sur le terrain du droit commun de la responsabilité délictuelle.

En d'autres termes : lorsqu'un dommage est causé par le défaut d'un robot il est donc possible d'agir à la fois contre le producteur sur le fondement de la responsabilité des produits défectueux **et** contre le médecin pour faute. Dans ce dernier cas, la Cour de cassation a

toutefois précisé dans un arrêt du 26 mai 2010 que la faute devait être détachable du défaut du produit. On peut penser à une faute de négligence ou d'imprudence dans l'utilisation du robot par exemple.

Si ce régime semble séduisant à de nombreux égards, assurons nous toutefois que les conditions d'application sont réunies.

Sans être exhaustive sur chacune d'entre elles, nous retiendrons uniquement la condition sine qua non de ce régime : le défaut du produit.

- Qu'est-ce qu'un produit ?

L'art. 1245-2 du Code civil précise « Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit ».

Le robot, bien meuble, entre sans conteste dans le champ d'application du texte.

- Qu'est-ce qu'un défaut ?

L'article 1245-3 du même code précise que « le produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. »

Deux remarques :

1. **D'abord**, La sécurité d'un produit s'apprécie par rapport à ses destinataires, par rapport au « grand public », la sécurité à laquelle « on » peut légitimement s'attendre.

2. **Ensuite**, La victime doit ainsi prouver que le produit présentait une sécurité insuffisante, soit en lui-même, intrinsèquement, soit en raison de son mode d'utilisation ou de sa présentation.

Par exemple, un robot qui ne mentionnerait pas dans sa notice les risques encourus du fait de son utilisation pourrait être considéré comme défectueux.

Sans qu'il soit nécessaire de développer plus amplement ces questions, on le comprend.

- Le droit connaît des dommages corporels causés par un objet et offre un régime juridique complet permettant, le cas échéant, à la victime d'obtenir réparation.

- Lorsque le dommage est causé par un simple robot, utilisé par le médecin, la victime peut obtenir réparation en ayant recours à la responsabilité du fait des choses ou à la responsabilité du fait des produits défectueux. Ces régimes présentent l'avantage de dispenser la victime de rapporter la preuve d'une faute du médecin.

Mais qu'en est-il lorsque ces robots deviennent autonomes (capacité à se gouverner soi-même, à prendre des décisions, à faire preuve de discernement) ?

Restent-ils toujours de simples objets ? Peuvent-ils devenir sujets ? Mais alors, est-ce à dire qu'ils peuvent se voir imputer un fait dommageable ?

C'est ce que je vous propose d'envisager maintenant.

II. La maîtrise du médecin par le robot

La question qui se pose est simple. Elle est la suivante : un robot doté d'une intelligence, artificielle certes, mais d'une intelligence, entendue comme une aptitude décisionnelle, peut-il être responsable ?

La question peut, elle-même, paraître artificielle tant la frontière juridique entre objet et sujet est bien étanche.

Or, le droit doit suivre l'évolution de la société et, en conséquence, adapter ses règles.

Confronté à la question de la responsabilité des robots, le droit a une attitude ambivalente.

- Comment faire fi de l'intelligence artificielle des robots ?
- Dans le même temps, comment dépasser ce clivage, cette distinction entre objet et sujet ?
- Existerait-il une catégorie intermédiaire ?
- Nous ne le pensons pas.
- Pour autant, le débat est loin d'être clos.

En effet, un embryon de réponse pourrait bien se dessiner à condition de s'extraire du droit interne.

Récemment, dans une proposition de résolution, le Parlement européen³ est intervenu sur la question de la responsabilité des robots.

Pour ce faire, il a fallu, au préalable, emprunter la voie de la qualification juridique d'un robot apte à prendre des décisions autonomes de manière intelligente.

Mais que les juristes se rassurent. Il ne s'agirait pas de brouiller les pistes d'une distinction bien établie.

Précisément, il s'agirait moins de déterminer une catégorie intermédiaire que de consacrer clairement l'existence d'un **personne électronique ayant des droits et des devoirs**⁴. L'innovation est majeure !

Cette nouvelle catégorie juridique : personne électronique, imaginée par les plus hautes institutions, devrait permettre tout à la fois de reconnaître des droits et de faire peser des obligations sur les robots.

Du reste, ce qui devrait tranquilliser les juristes ce sont les robots concernés : Seuls les robots ayant une aptitude décisionnelle, une intelligence artificielle, une faculté de discerner des conséquences de leurs actes.

Il ne s'agit pas de tout type de robots, et, si l'on ose dire, de n'importe quel robot ! On ne parle pas ici d'un vulgaire robot ménager !

Si on ne peut que saluer cette avancée, au moins pour ne pas paraître trop conservateur, il faut bien convenir, malgré tout, de la fiction juridique : une personne électronique !

Si dans un premier temps on ne peut que s'étonner de la dénomination, il faut bien tempérer le propos.

Le droit doit faire des concessions pour accueillir des situations juridiques pour lesquelles il

³ Dans un considérant - inédit - de la proposition de résolution du Parlement européen considérant A de l'introduction « considérant que, de la créature de Frankenstein imaginée par Mary Shelley au mythe antique de Pygmalion, en passant par le golem de Prague et le robot de Karel Čapek (inventeur du terme), les humains ont, de tous temps, rêvé de construire des machines intelligentes, le plus souvent des androïdes à figure humaine ».

⁴ Considérant 31 f) de la proposition de résolution du Parlement européen « la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques dotées de droits et de devoirs bien précis, y compris celui de réparer tout dommage causé à un tiers; serait considéré comme une personne électronique tout robot qui prend des décisions autonomes de manière intelligente ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers ».

n'existait, jusqu'alors, aucune étiquette.

Aujourd'hui il est commun d'employer la qualification de personne morale pour des associations, des sociétés. Sans exister physiquement elles ont une personnalité juridique. Le temps fera sans doute son œuvre s'agissant des robots intelligents !

=> Cependant, une difficulté semble persister : les robots peuvent avoir une intelligence. Là n'est plus la question. Mais ont-ils une intelligence suffisante ?

Cette question est centrale. En reconnaissant l'existence d'une personne électronique, le Parlement ouvre la boîte de pandore. Le robot serait, par hypothèse, responsable de son fait personnel.

- Les questions qui se posent sont alors légion. On en formulera deux principales.

- Le robot peut-il rendre le médecin responsable du fait d'autrui puisque le robot s'humanise et devient un autre, un semblable ? Si l'on transpose la responsabilité du fait d'autrui, comme la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, un simple fait causal de l'enfant suffit à engager la responsabilité des parents en cas de dommage causé par leur enfant mineur. On peut alors craindre que le médecin soit toujours responsable du fait de son robot, devenu un autre : autrui.

- Du reste, même si l'on attribuait la personnalité juridique au robot, demeure encore une interrogation, certes, **très matérielle**, mais que l'on ne peut ignorer.

Qui va payer en cas de dommage causé par un robot ?

Aussi intelligent soit-il, jusqu'à preuve du contraire, le robot ne peut être débiteur de D&I.

Mais que l'on se rassure ! Conscient que la création d'une catégorie ne suffisait pas à dissiper la fiction juridique, le Parlement a prévu, en cas de dommage causé par un robot, la création d'un **fonds d'indemnisation**.

Ce fonds sera alimenté par une taxe payée à la fois par les constructeurs et les utilisateurs. Ces

derniers devront donc s'acquitter d'une taxe supplémentaire qui, en cas de dommage, leur serait, en quelque sorte reversée ! Un retour sur investissement !

- Pour conclure, et soulager votre patience, en quelques décennies, ce que l'on appelait encore hier les technologies du futur, on fait des progrès considérables, creusant pas la même encore plus le fossé entre le droit et la technologie.

A l'aube d'une nouvelle révolution industrielle et technologique, le droit n'a pas d'autre choix que d'évoluer avec, toujours, un temps de retard.

Pourtant, ces évolutions, révolutions à certains égards, commandent une adaptation rapide et efficace du droit.

S'il n'est pas inimaginable de constater que le droit accueille et promeut les robots, au paroxysme, il indique même une nouvelle catégorie juridique à laquelle les rattacher, quitte à bouleverser l'existant.

Au delà de la qualification d'objet ou le sentiment premier l'aurait volontiers enfermé, le robot devient un sujet électronique.

En définitive, l'examen de la responsabilité des robots conduirait presque à davantage d'interrogations que de solutions, d'autant que la réforme à venir de la RC n'envisage pas cette question. Elle se contente, pour l'heure, de reprendre le régime de la responsabilité des produits défectueux mot pour mot.

Sans doute est-il temps, pour le droit, de se saisir pleinement de cette question en respectant le nécessaire équilibre entre encadrement juridique et promotion économique.